
La responsabilidad del estado juez por prisión preventiva errónea: un caso real de aplicación de los instrumentos internacionales de protección de los Derechos Humanos

The responsibility of the judge state for erroneous preventive detention: a real case of application of international instruments for the protection of Human Rights

A responsabilidade do Estado juiz pela detenção preventiva errônea: um caso real de aplicação de instrumentos internacionais de proteção dos direitos humanos

La responsabilité de l'État-juge pour une détention préventive erronée: un cas réel avec application des instruments internationaux de protection des droits de l'homme

法官对预防性拘留的错误责任:适用保护人权国际文书的真实案例

***Erika Silvina Bauger*¹ | Universidad Nacional de La Plata,
Argentina**

¹ Abogada, egresada con Diploma de Honor y Medalla de la UNLP. Premio "Joaquín V. González". Auxiliar Docente con funciones de Adjunta de la Cátedra I de Derecho Internacional Privado de la FCJyS. de la UNLP. Especialización en Derecho Internacional Privado de la Universidad de Salamanca. Miembro del AADI, ASADIP e Instituto de Derecho Internacional Privado del CALP. Becaria de investigación en Iniciación, Perfeccionamiento y Formación Superior de SECyT de la UNLP. Maestranda en Relaciones Internacionales y en Derechos Humanos de la UNLP. Estudiante de la Especialización en Docencia Universitaria de la UNLP. Integrante de la Red de Profesoras de la FCJyS y del Observatorio de Enseñanza del Derecho de la UNLP.

Correos electrónicos: ebauger@gmail.com, ebauger@jursoc.unlp.edu.ar.

Revista Derechos en Acción ISSN 2525-1678/ e-ISSN 2525-1686

Año 4/N° 13, Primavera 2019 (21 septiembre a 20 diciembre), 395-422

DOI: <https://doi.org/10.24215/25251678e344>

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-6207-4203>

Recibido: 07/09/2019

Aprobado: 25/10/2019

Resumen: Este ensayo se basa en un caso real en el que participo como letrada patrocinante del actor y constituye un ejemplo de cómo el Derecho y nuestras prácticas profesionales son herramientas poderosas para buscar la justicia en el caso concreto y mejorar la calidad de vida de la persona que nos confía la defensa de sus derechos, especialmente cuando se trata de una persona en situación de vulnerabilidad.

En este juicio se hizo lugar a la demanda promovida contra el Estado Nacional- Poder Judicial de la Nación, admitiéndose la responsabilidad del Estado por error judicial por los daños y perjuicios provocados al actor por el dictado de una prisión preventiva errónea, condenando al Estado Nacional al pago de una reparación integral, aplicándose el plexo convencional incorporado al art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional (conf. arts. 1 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 3° de la Declaración Universal de Derechos Humanos; 4°, 5° y 21 del Pacto de San José de Costa Rica y 6° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).²

Palabras clave: Responsabilidad del Estado- error judicial- prisión preventiva- Derechos humanos.

² Sentencia de fecha 19/12/2018 en causa: "C. L. M. c/ Estado Nacional- Ministerio de Justicia y Derechos Humanos- Poder Judicial de la Nación s/daños y perjuicios", Juzgado Nro. 2 en lo Civil, Comercial y Contencioso Administrativo Federal de La Plata. Expte: 22008519/2002. Los hechos de la demanda por daños y perjuicios contra el Estado Nacional (Poder Judicial de la Nación) se produjeron como consecuencia de las actuaciones irregulares que culminaron con el dictado ilegítimo y arbitrario de la prisión preventiva sufrida durante 2 años y 11 meses en la cárcel de Devoto y posterior sentencia absolutoria unánime dictada el 22 y 29 de septiembre de 2000. Faltando 15 de días para el vencimiento del plazo de interposición de la demanda, el abogado que trabajó en la causa penal me acercó las fotocopias de los 9 cuerpos de la causa penal, para confeccionar la demanda y entrevistarme con el actor.

Abstract: This essay is based on a real case in which I participate as a lawyer sponsor of the actor and is an example of how Law and our professional practices are powerful tools to seek justice in the specific case and improve the quality of life of the person who entrusts us with the defense of their rights, especially when it comes to a person in a situation of limitations. In this trial, the lawsuit filed against the National State - Judicial Power of the Nation was made, admitting the responsibility of the State for judicial error for the damages caused to the actor for the issuance of an erroneous preventive prison, condemning the National State to the payment of an integral repair, applying the conventional plexus incorporated to art. 75, inc. 22, of the National Constitution (conf. Arts. 1 of the American Declaration of the Rights and Duties of Man; 3rd of the Universal Declaration of Human Rights; 4th, 5th and 21st of the San José Pact of Costa Rica and 6th of the International Covenant on Civil and Political Rights)

Keywords: State responsibility- judicial error- preventive detention- Human rights.

Resumo: Este ensaio é baseado em um caso real no qual participo como advogado patrocinador do ator e constitui um exemplo de como o Direito e nossas práticas profissionais são ferramentas poderosas para buscar a justiça no caso específico e melhorar a qualidade de vida da pessoa que confia-nos a defesa de seus direitos, especialmente quando se trata de uma pessoa em situação de vulnerabilidade. Neste julgamento foi admitida a demanda contra o Estado Nacional - Poder Judiciário da Nação, admitindo a responsabilidade do Estado por erro judicial pelos danos causados ao ator pela emissão de uma prisão preventiva errônea, condenando ao Estado Nacional ao pagamento de uma reparação integral, aplicando o plexo convencional incorporado ao artigo 75.22, da Constituição Nacional (de acordo com o artigo 1 da Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem; 3º da Declaração Universal dos Direitos Humanos; 4, 5 e 21 do Pacto de San José da Costa Rica e 6 do Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos).

Palavras-chave: Responsabilidade do Estado - erro judicial - detenção preventiva - Direitos humanos.

Résumé: Cet essai est basé sur un cas réel dans lequel je participe en tant qu'assistante juridique de l'acteur. Il illustre de quelle manière le droit et nos pratiques professionnelles, sont des outils puissants afin d'obtenir

justice dans un cas concret, et améliorer la qualité de vie de ceux qui nous confient la défense de leurs droits; en particulier lorsqu'il s'agit d'une personne en situation de vulnérabilité. Dans ce procès, il a pu être possible d'intenter un procès contre l'État national - Pouvoir judiciaire de la nation, la responsabilité de l'État pour erreur judiciaire étant admise - pour les dommages causés à l'acteur suite à une détention préventive erronée. L'État national a été condamné au paiement d'une réparation intégrale, en appliquant le plexus conventionnel incorporé à l'art. 75, inc. 22 de la Constitution Nationale (Art. 1 de la Déclaration Américaine des Droits et Devoirs de l'Homme; 3° de la Déclaration Universelle des Droits de l'Homme; 4°, 5° et 21° du Pacte de San José du Costa Rica et 6 du Pacte international des Droits Civils et Politiques).

Mot-clés: responsabilité de l'État- erreur judiciaire - détention préventive - droits de l'homme

摘要: 本文是基于一个我作为演员的律师赞助人参加的真实案例, 并举例说明了法律和我们的专业实践如何成为针对特定案件寻求正义并改善被拘留者生活质量的有力工具。委托我们捍卫自己的权利的人, 尤其是在脆弱情况下的人。

在本次审判中, 针对国家国家-司法权的诉讼提起, 承认国家对因发行错误的预防性监狱而对行为者造成损害的司法错误负有责任, 谴责国家进行整体修复的费用, 将传统的神经丛应用于艺术。75, inc. 《国家宪法》第22条(《美国人权和义务宣言》第1条, 《世界人权宣言》第3条, 《哥斯达黎加圣何塞公约》第4、5和21号)和《公民权利和政治权利国际公约》第6条)。

关键字: 国家责任-司法错误-预防性拘留-人权。

I. Introducción

La reparabilidad del daño sufrido por quien ha padecido privación de la libertad en el curso del proceso y luego declarado por sentencia absolutoria su inocencia, no ha sido ajena a la evolución del reconocimiento de la responsabilidad del Estado, desde las primeras concepciones de la irresponsabilidad absoluta hasta la actualidad en la que se admite hasta por los daños ocasionados por la actividad lícita.

Si bien el Estado puede ser responsable por sus funciones legislativas (Estado legislador), administrativa (Estado administrador) y judicial (Estado Juez), y dentro de ésta última actividad puede actuar en una doble esfera, dictando actos administrativos y actos jurisdiccionales, enfocaremos el punto de análisis refiriéndonos a éstos últimos: es decir, cuando el Estado Juez ejercita su Poder Judicial.

De las tres funciones estatales típicas, la judicial fue la última en reconocer la responsabilidad por los actos por ella emanados. Actualmente, se reconocen dos hipótesis recurrentes en el tema de la responsabilidad judicial proveniente de actos jurisdiccionales, la que surge a raíz de la condena errónea y la originada en las detenciones preventivas y posterior sentencia absolutoria.

La preocupación del tema fue llevada a las constituciones modernas, muchas de las cuales han incorporado la reparabilidad del daño causado por error judicial o la mala administración de justicia.³

Las convenciones internacionales de derechos humanos incorporadas a nuestra Constitución Nacional mediante el art. 75 inc. 22, han consagrado el derecho a la reparación que contemplan los casos de detención o encarcelamiento ilegales o arbitrarios o condena por error judicial (Pacto de Derechos Civiles y Políticos de Naciones Unidas, art. 9 inc. 5 y 14.6; Convención Americana de Derechos Humanos, art. 7 inc. 3 y 10).

El derecho público provincial ha sido una avanzada en la materia. La mayoría de las constituciones provinciales

³ Constitución de España, art. 121: "Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la administración de justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado (...)". En el mismo sentido, el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales de 1950, en su art. 5, luego de establecer los casos y el procedimiento en que una persona puede ser detenida, expresa: "Toda persona víctima de un arresto o detención, en condiciones contrarias a las disposiciones del presente artículo, tendrá derecho a una reparación". También: Constitución de Chile, art. 20; Constitución del Principado de Lichestein, art. 32; Constitución de Grecia, art. 7 apart. 4; Constitución de Chipre, art. 11 apart. 7 y 8; ley francesa de julio-5-1972; ley alemana de julio-14-1904.

contemplan la indemnización a las víctimas de errores judiciales en materia penal⁴. Las Constituciones de Neuquén (art. 40) y Tierra del Fuego (art. 40) son un poco más precisas, ya que contemplan la indemnización por error o con notoria violación de las disposiciones constitucionales. Un caso especial resulta de la Constitución de Santa Cruz que observa la indemnización al establecerla “...para quienes habiendo estado detenidos por más de 60 días fueren absueltos o sobreseídos definitivamente” (art. 29).

II. Desarrollo

II.1. La prisión preventiva y la responsabilidad del Estado por daños

La prisión preventiva es una de las herramientas existente en el proceso cuando existe para el magistrado semiplena prueba o elementos suficientes para retener al presunto delincuente privado de la libertad. Es decir, el juez que dicta una prisión preventiva es quien reúne y meritúa los elementos del proceso, según las constancias del expediente, para su determinación. La sentencia definitiva de absolución deviene en un momento histórico posterior, a la luz de iguales elementos determinados, que no pudieron ser jamás suficientes para el dictado de la medida cautelar, y mucho menos para la condena-privación de la libertad, como sanción.

Resulta a todas luces indiscutible que el efecto de la absolución es restablecer al ser humano con sus derechos indemnes al momento histórico en el que ha sido detenido como “presunto autor”, pues no ha llegado a ser responsable, verbigracia, en cuanto a su buen nombre y honor, etc.

Si bien la prisión preventiva como herramienta procesal es prevista por el Estado para otorgar una mayor seguridad en su accionar, dicha herramienta cautelar, dada su naturaleza

⁴ Constitución de La Pampa, art. 11; Chubut, art. 28; Salta, art. 5; Catamarca, art. 219.

harto mutilante de los derechos de la persona, cuando la misma carece de todo sustento lógico en las constancias de la causa, abre la instancia resarcitoria.

Sobre el punto el Juzgado Nro. 14 de Primera Instancia Civil, Comercial y Minas de Mendoza⁵ se ha expedido:

“El hecho de que la prisión preventiva constituya una necesidad del ejercicio de un deber del Estado, no implica que quien la ha sufrido deba soportar el daño que ella le ha causado; es que la necesidad de administrar justicia no puede identificarse con la necesidad de cometer errores (...) de lo que se trata en el caso, es que el imputado haya sufrido un detrimento suficientemente grave y anormal de acuerdo a las circunstancias del caso y de conciliar –no sacrificar– su derecho al resarcimiento, con el derecho de defensa social que impone la privación de la libertad a los sospechosos de delitos graves...”

En un proceso dado, la sentencia absolutoria importa reconocer la ilegitimidad y arbitrariedad del procesamiento y de la detención que sufriera el imputado, pronunciándose sobre el fondo de la cuestión respecto de la inexistencia del delito y de la autoría responsable, comprobando su inocencia liminar.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo:

“Que si bien la detención preventiva es una necesidad del ejercicio de un deber primario del Estado impuesto por la defensa social a través de la persecución de un delito y resulta consentida dentro de las situaciones razonables y según la naturaleza del caso y la ilicitud de la conducta del procesado, ello no implica que quien la ha sufrido deba soportar el consiguiente daño sin derecho a reparación cuando no se reunían los presupuestos que tornaban admisible la adopción de la medida cautelar.”⁶

⁵ 1ª Instancia Civil, Com. y Minas, 1ª Circunscripción Mendoza, Juzgado N° 14, diciembre 29-1989, “P.M.O c/ Mendoza, Provincia de” 42.688, en E.D., T 139, p. 147-161.

⁶ CSJN, 18 de julio de 2002 en autos: “Robles, Ramón Cayetano c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”.

Como antes lo anticipáramos, cabe recordar que la responsabilidad estatal por los daños ocasionados como consecuencia del obrar judicial se encuentra reconocida en los tratados internacionales incorporados a la Constitución Nacional por el art.75 inc.22, entre ellos la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que impusieron la obligación jurídica de reparar a quienes hubieran estado privados de su libertad por error judicial, y que configura a su vez un condicionamiento para su procedencia.

En este sentido, el art. 10 del Pacto de San José de Costa Rica establece que “Toda persona tiene derecho a ser indemnizada conforme a la ley en caso de haber sido condenada en sentencia firme por error judicial”; y el art. 9, apartado 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Nueva York, 1966), que fue el antecedente del primero, sienta el principio general de que “toda persona que haya sido ilegalmente detenida, presa, tendrá el derecho efectivo a obtener reparación”, explicitando que cuando quede demostrada la comisión de un error judicial, la persona que haya sufrido una pena como resultado de tal sentencia, “deberá ser indemnizada conforme a la ley”.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un precedente anterior a la incorporación de aquellas normas al plexo constitucional había indicado que:

“[...] el Estado sólo puede ser responsabilizado por el error judicial en la medida en que el acto jurisdiccional que origina el daño sea declarado ilegítimo y dejado sin efecto, pues antes de ese momento el carácter de verdad legal que ostenta la sentencia pasada por autoridad de cosa juzgada impide, en tanto se mantenga, juzgar que hay error. Lo contrario implicaría un atentado contra el orden social y la seguridad jurídica pues la acción de daños y perjuicios constituirá un recurso contra el pronunciamiento firme, no prevista ni admitida por ley”.⁷

⁷ CSJN, “Balda, Miguel Ángel c/ Buenos Aires s/ daños y perjuicios”. Fallos: 318:1960.

Al respecto, precisó que: “si para obtener el resarcimiento de eventuales daños derivados de un pronunciamiento judicial firme –por hallarse consentido, confirmado, ser irrecurrible o no haber sido atacado por los limitados medios que autorizan su revisión– pudiesen otros jueces valorar nuevamente las circunstancias de la causa para determinar si hubo error en la anteriormente tramitada, no se verían estos últimos exentos de la posibilidad de cometer un nuevo error”, lo que haría revisable su decisión y las de los que a su vez revisen la suya, proyectando una serie interminable de decisiones pasibles de recurso, lo cual atentaría contra la seguridad jurídica y consagraría una permanente anarquía.

Agregó que a diferencia de la reparación de los daños ocasionados por actos lícitos dictados por las ramas legislativa o ejecutiva del gobierno –en la gerencia discrecional del bien común (medidas políticas, económicas, etc.)–, reconocida:

“[...] como un modo de preservar adecuadamente las garantías constitucionales de la propiedad y la igualdad jurídica”, “las sentencias y demás actos judiciales [...] no pueden generar responsabilidad de tal índole, ya que no se trata de decisiones de naturaleza política para el cumplimiento de fines comunitarios sino de actos que resuelven un conflicto en particular. Los daños que puedan resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, si no son producto del ejercicio irregular del servicio, deben ser soportados por los particulares, pues son el costo inevitable de una adecuada administración de justicia”.

Concluyó, en tal sentido, que no “podría responsabilizarse al Estado por su actividad lícita, pues los actos judiciales son ajenos por su naturaleza a este tipo de resarcimiento”.

En ese mismo precedente⁸, los doctores Fayt, Petracchi y Belluscio, en voto concurrente, señalaron que:

“[...] resulta incuestionable que el Estado –en principio– es responsable del perjuicio ocasionado a quien, imputado

⁸ CSJN, Fallos: 318:1960.

de un delito, sufre efectivamente prisión preventiva y luego resulta absuelto en virtud de su inocencia”, sea ello “con fundamento en la irregular prestación del servicio (art. 1112 del Código Civil) o en el principio general del derecho que veda causar daño a otro”.

Pero aclararon que:

“[...] ello es así en tanto se trate de una inocencia manifiesta, vale decir, que el auto de prisión preventiva, aun confirmado en las instancias superiores o proveniente de éstas, carezca de sustento lógico en las constancias de la causa, habida cuenta de que, en general, para su dictado no es necesaria una prueba concluyente de la comisión del delito sino solamente la existencia de elementos de convicción suficientes para estimar que existe un hecho delictuoso y que el procesado ha participado en él, o bien la existencia de prueba semiplena o indicios vehementes del delito y motivos fundados para determinar la persona o personas responsables [...] Tal criterio, bien que no trasuntado explícitamente en la legislación nacional, tiene apoyo en la tendencia a lograr un adecuado equilibrio entre los derechos de los individuos y el desarrollo de la actividad investigativa del Estado [...] A la luz de tales postulados, corresponde concluir que la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución, sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento –relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta –de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor”.

Igual criterio sostuvo la Corte en el caso “Lema”⁹, en el cual el doctor Maqueda adhirió al citado criterio de los doctores Fayt, Petracchi y Belluscio.

⁹ CSJN, Fallos: 326:820 “Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”.

Más adelante, en el precedente “Cura”¹⁰, la Corte adoptó por mayoría el criterio expuesto en los votos concurrentes de los doctores Fayt, Petracchi y Belluscio en “Balda”, modificando la posición expuesta en este último. Allí expresó que:

“con respecto [...] a la responsabilidad del Estado Nacional, resultan aplicables las consideraciones formuladas en el voto concurrente de los jueces Fayt, Petracchi y Belluscio en Fallos: 318:1990 [...] y en la disidencia parcial del juez Maqueda en la causa L.114.XXXV. ‘Lema, Jorge Héctor c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios’, de fecha 20 de marzo de 2003, a los que cabe remitirse breviter causae, según las cuales la indemnización por la privación de la libertad durante el proceso no debe ser reconocida automáticamente a consecuencia de la absolución sino sólo cuando el auto de prisión preventiva se revele como incuestionablemente infundado o arbitrario, mas no cuando elementos objetivos hayan llevado a los juzgadores al convencimiento –relativo, obviamente, dada la etapa del proceso en que aquél se dicta– de que medió un delito y de que existe probabilidad cierta de que el imputado sea su autor.”

Luego, el Alto Tribunal mantuvo ese temperamento en el precedente “Gerbaudo”¹¹; en “Pedezeret, Ricardo c/ Estado Nacional y Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”¹²; en “Quiroz Franco, Miguel Ángel y otros c/ Mendoza, Provincia de s/daños y perjuicios”¹³; en la causa “Pouler”¹⁴ y “Iacovone”¹⁵.

¹⁰ CSJN, Fallos: 327:1738 “Cura, Carlos Antonio c/ Provincia de Buenos Aires s/ daños y perjuicios”, sentencia de 27 de mayo de 2004.

¹¹ CSJN, Fallos: 328:4175) “Gerbaudo, José Luís c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ daños y perjuicios”, sentencia del 29 de noviembre de 2005.

¹² CSJN, Fallos: 329:3176.

¹³ CSJN, Fallos: 329:3894.

¹⁴ CSJN, Fallos: 330:2112.

¹⁵ CSJN, Fallos 333:2353.

En “Andrada, Roberto Horacio y otros c/ Buenos Aires, Provincia de y otros s/daños y perjuicios”¹⁶ la Corte expresó que:

“no se dan los requisitos que habilitan la reparación civil por irregular ejercicio de la función judicial si la absolución de los imputados obedeció a que el tribunal declaró la nulidad de las actas de secuestro y detención y de las de allanamiento y, en consecuencia, la de los actos posteriores a aquéllas, por lo que no se puede deducir que tal resolución haya importado reconocer la arbitrariedad del auto de procesamiento y de la prisión preventiva”.

Poco después de “Gerbaudo”, en “Recurso de Hecho en autos ‘Mollard, Carlos Alberto c/ Estado Nacional y otro’”, del 27 de diciembre de 2005¹⁷, los doctores Zaffaroni y Lorenzetti, en disidencia (la mayoría del tribunal consideró inadmisibile el recurso extraordinario con invocación del art. 280 CPCCN), expusieron, por una parte, que compartían lo propiciado por el Procurador en su dictamen en el sentido de revocar la sentencia que había desestimado la demanda indemnizatoria de daños ocasionados como consecuencia de la detención sufrida, por no haber analizado debidamente los agravios referidos a las irregularidades del procedimiento que precedió a la captura del reclamante y haber descartado en forma dogmática la pretensión sin analizar los planteos de la parte, los hechos de la causa y la existencia de un comportamiento incorrecto de las reparticiones estatales que habían intervenido en el caso. Además, los magistrados consideraron descalificable la sentencia por haber negado el resarcimiento en base al argumento de que “vivir en una sociedad dotada de instituciones tiene su costo”. Al respecto, indicaron que tal criterio:

“[...] evidencia una comprensión inadecuada del modo en que en un Estado de Derecho, debe resolverse la tensión entre las facultades estatales para la investigación y la represión del delito y el derecho a la libertad de

¹⁶ CSJN, Fallos: 329:3806.

¹⁷ CSJN, Fallos: 328:4794.

las personas, a la par que importa trasladar al actor la inaceptable carga de tener que consentir calladamente las consecuencias de una desviada actuación estatal. Ello es así, porque aun cuando sea correcto afirmar que la administración de justicia precisa, para su buen desarrollo, que en las causas penales las personas, a veces, sean privadas transitoriamente de su libertad, no queda duda de que ello no configura obstáculo para el reconocimiento posterior, en determinados casos, de un derecho resarcitorio fundado en el sacrificio impuesto a dicho derecho personalísimo”.

Los citados jueces añadieron, con cita a Bidart Campos (2000), que:

“[...] el deber jurídico –que pesa sobre todo ciudadano– de tener que soportar la detención ordenada por la administración de justicia, no puede llegar al extremo de aniquilar el derecho a la reparación posterior, menos cuando aquella detención no tuvo fundamento razonable alguno o se debió al simple error. En tal sentido, la mirada global del problema tiene que coordinar dos enfoques: uno, el fuerte interés social que inicialmente hace prevalecer el *ius persecuendi* y el *ius puniendi* del Estado sobre el derecho a la libertad; el otro, la defensa de la libertad de las personas como nota típica e irrenunciable de un Estado constitucional. Una vez que el detenido hizo su aporte al logro de aquél interés social, probado que la privación de su libertad fue improcedente, el afectado alcanza título jurídico para exigir la compensación reparatoria, porque ya no tiene asidero conferir prelación a aquellos derechos de persecución y punición estatales cuando sus fines han quedado oportunamente satisfechos”.

II.2. Ilegitimidad de la prisión preventiva

Cuando la medida de coerción no reúne en su momento los presupuestos necesarios que la tornaban admisible, por no acreditar la existencia de un estado de sospecha contra el imputado,

sino que por el contrario, la misma refleja una evidente contradicción con los hechos comprobados de la causa, lesionando el principio constitucional de presunción de inocencia (art. 18 y 75 inc. 22 CN), se abre la instancia resarcitoria.¹⁸

Es por ello que la responsabilidad estatal por error judicial cometido en ocasión del dictado del auto de prisión preventiva queda de esta forma abierta, ya que surge de las circunstancias fáctico jurídicas su ilegitimidad, por revelarse como absolutamente infundada y arbitraria en virtud de que de los elementos objetivos de la causa no surge un convencimiento relativo de que medió un delito y de que existía probabilidad cierta de que el imputado fuera su autor.

Dicha medida denota la existencia de un verdadero exceso de la potestad jurisdiccional del Estado, y un apartamiento objetivamente comprobable de la tarea de hacer justicia a través de la aplicación del derecho. Por tanto, corresponde que el Estado indemnice por ello.

En suma, la ilegitimidad de la prisión preventiva se constituye en un “error judicial”, cuando resulta palmariamente contradictoria con los hechos comprobados en la causa e insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación. La demostración de tal ilegitimidad mediante el dictado de la

¹⁸ Los hechos del caso fueron los siguientes: el día 30 de octubre del año 1997 mientras se encontraba en su trabajo en una remisería, siendo las 6 horas de la mañana, el actor recibió un llamado telefónico por parte de personal policial, informándole que concurriría en forma urgente al domicilio de su ex mujer. Domicilio en el cual, el personal policial se encontraba efectuando un allanamiento, comunicándole que debía presentarse a los fines de hacerse cargo de su hija menor de edad. Es así, que convocado por la policía se dirigió al lugar en cuestión, estacionando el remis en la vereda de enfrente. En momentos en que se encontraba cruzando la calle, salió a su encuentro un policía vestido con un chaleco de policía de narcotráfico, y tomándolo de un brazo le ordenó que se apoye contra un vehículo estacionado, propinándole un culatazo. Éste comenzó a requisarlo, quitándole dinero de uno de los bolsillos, llegando al lugar otro policía más quien le colocó las esposas y le comunicó que quedaba detenido. Sin poder salirse del estupor por la ridícula e injusta situación, los dos policías lo obligaron a ingresar al domicilio de su ex mujer, informándole que no podía hablar porque se hallaba incomunicado. El actor, se encontraba divorciado de su ex mujer y habitando en otro domicilio hacía más de 5 años, manteniendo contacto sólo en el cuidado de la hija menor de ambos.

sentencia absolutoria posterior, abre, en consecuencia, la instancia resarcitoria, amén de la demostrada y manifiesta inocencia liminar que fuera reconocida por la misma.

II.3. Fundamentos de la responsabilidad del Estado. La aplicación de los tratados de derechos humanos y el diálogo de fuentes

Partiendo de la idea fuerza de que todo daño debe ser indemnizado en virtud de cimentarse en el principio de solidaridad social, el Estado no puede de manera alguna autoexcluirse, desechándose de plano su autoimpunidad e imponiendo a los jueces la obligación de recurrir a los principios generales del derecho en aras de la reparación de la persona dañada.

Antes de la reforma constitucional de 1994, la responsabilidad de Estado por la detención de personas y su posterior liberación tenía, como base jurídica los principios generales del derecho, el principio general reconocido por nuestro ordenamiento jurídico del *alterum non laedere* y en su caso, los términos de la ley de expropiación de la propiedad privada de los particulares, de conformidad a lo normado por el art. 16 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

Asimismo, dicha responsabilidad nacía primordialmente de una “falta de servicio”, juzgándose éste, de influencia decisiva en el actuar del juez como dependiente del Estado Nacional en su carácter de organizador de ese servicio de justicia. Como corolario, la responsabilidad del Estado por el daño ocasionado por error judicial o apartamiento por parte del Juez del buen servicio de justicia resulta, entonces, presupuesto ineludible del deber de resarcir.

En el ámbito de la jerarquía normativa, admitimos aun antes de la reforma que los tratados internacionales tienen jerarquía supra-legal.¹⁹ Criterio que también quedó consagrado en la Constitución

¹⁹ El fallo “Ekmedjian” de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Fallos: 316:1669), reiterado más tarde en Fallos: 317:3176) constituyó la piedra angular de ese reconocimiento, consagrando un principio que la doctrina más reconocida exigía desde hacía mucho tiempo.

Nacional de 1994, no sólo respecto de los tratados de Derechos Humanos y de Integración, sino también de todos los demás tratados.

La cuestión es recogida en el Código Civil y Comercial de la Nación en su artículo primero cuando consagra que los casos deben ser resueltos según las leyes que resulten aplicables, conforme con la Constitución Nacional y los Tratados de Derechos Humanos en los que la República sea parte, teniendo en cuenta la finalidad de la norma.²⁰

Este precepto se cita como generador de un diálogo de fuentes. En consecuencia, se introdujeron con jerarquía constitucional una serie de instrumentos de protección de Derechos Humanos que han significado una perspectiva para mirar y aplicar nuestro Derecho. Y esta perspectiva no está dada por los textos de los tratados en sí, sino por la circunstancia de indicarse, en la Constitución Nacional, que esos tratados eran incorporados al orden jurídico argentino “... en las condiciones de su vigencia...”. Esta expresión no sólo quiso decir que debían tenerse en cuenta las eventuales reservas formuladas al tiempo de suscribir tales tratados. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación resolvió que esta frase significaba que la interpretación de los Pactos debía hacerse conforme la jurisprudencia de los Órganos internacionales encargados de su aplicación, cuyos precedentes constituían interpretación auténtica de los textos de aquellos pactos y doctrina obligatoria para nuestros Tribunales.²¹

De tal forma, el orden jurídico nacional se encuentra integrado al orden jurídico internacional de los Derechos Humanos en el que se garantiza el principio “pro homine” (Pinto, 1997). Por cuanto, las autoridades del Estado argentino quedan obligadas a

²⁰ Ley 26.994 en vigor desde el 1 de agosto de 2015, derogatoria de los Códigos Civil, de Comercio y modificatoria de la legislación complementaria. Los cambios y reordenamientos efectuados por el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación cuyas instituciones principales fueron sistematizadas en 2671 artículos.

²¹ Fallos: 315:1492 y causa “Giroldi” (Fallos: 318:314) para repetirse en “Mazzeo” (Fallos: 330:3248), entre muchísimos otros.

la protección de los derechos humanos, obligándolo a modificar su orden jurídico sólo en beneficio del mayor respeto a esos derechos y nunca en su perjuicio, considerando no sólo el nivel de profundidad del concepto de dignidad humana existente al tiempo de la sanción de las normas sino –de modo más trascendente– el resultante del conjunto de normas consuetudinarias internacionales que se encuentran en vigor a la hora de encarar la modificación del orden jurídico nacional, en su creación o aplicación.

El principio “pro homine”, al cual preferimos llamarlo al igual que Salvioli (2003), “pro persona”, por tener un sentido más amplio y con perspectiva de géneros, tiene como fin acudir a la norma más protectora y/o a preferir la interpretación de mayor alcance de ésta al reconocer y garantizar el ejercicio de un derecho fundamental; o bien, en sentido complementario, aplicar la norma y/o interpretación más restringida al establecer limitaciones y restricciones al ejercicio de los derechos humanos.

Este principio ha sido definido como un criterio hermenéutico que informa todo el derecho internacional de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria (Pinto, 1997: 163)..

Este límite de actuación de los poderes soberanos de un Estado no debe entenderse destinado tan sólo a la actuación administrativa o a la actividad legislativa, sino también a la interpretación y actuación judicial.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos y algunas Opiniones Consultivas de la Comisión Interamericana, que también se interpretaron como doctrina obligatoria²², establecieron con origen en el precedente “Almonacid”, del 26 de septiembre de

²² Fallo “Carranza Latrubesse”, del 20 de agosto de 2014.

2006, y más tarde en “Trabajadores cesados del Perú”, en “Ibsen Cárdenas” y hasta en “Fontevicchia y D’Amico vs. República Argentina” del 29 de noviembre de 2011 y en “Mendoza y otros vs. República Argentina” del 14 de mayo de 2013, que resultaba una obligación de los tribunales y los funcionarios encargados de aplicar las leyes en un Estado parte del Pacto de San José de Costa Rica, efectuar previamente un control oficioso de la compatibilidad de aquellas leyes con los preceptos de la Convención Americana de Derechos Humanos.

La recepción de este criterio hizo advertir a la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ese control de convencionalidad que debían hacer los jueces, también debería extenderse a un control de constitucionalidad. Uno de los precedentes sobre el punto, fue en un caso de responsabilidad del Estado, para declarar la inconstitucionalidad de una ley que limitaba la indemnización debida por la Nación en un caso de daños y perjuicios sufridos por un soldado, por considerar que la indemnización plena constituía una garantía implícita en el artículo 19 de la Constitución Nacional.²³

En definitiva, el deber de no dañar a otro y el correlativo de indemnizar los daños (*non alterum ladere y sum cuique tribue*), se sustentan en el artículo 19 de la Constitución Nacional y en toda norma que se hubiera dictado en este marco a partir del principio *pro persona*, en virtud del cual sólo se puede mejorar la situación de respeto por los derechos humanos.

II.4. Elementos de la responsabilidad del Estado

Para habilitar la reparación civil por los daños y perjuicios ocasionados por el Estado por error judicial en el dictado de una prisión preventiva, conforme lo analizado precedentemente, se deben reunir los siguientes requisitos: a) sentencia absolutoria, b) daño, y c) relación de conexidad entre la sentencia absolutoria y el perjuicio causado.

²³ Fallo “Rodríguez Pereyra c/Ejército Argentino”, del 27 de noviembre de 2012.

a) **Sentencia absolutoria.** La sentencia absolutoria unánime debe basarse en la inocencia liminar del imputado, de tal forma, que no sea absuelto ni “por duda” ni “por falta de pruebas”. Con lo cual, si el funcionamiento de la justicia hubiese sido regular, hubiera sido un “extraño al proceso” pues era “extraño a los hechos” que motivaron la investigación (Toffait y Averseng, 1974). ²⁴.

b) **Daño.** Debe probarse a partir de los hechos y la prueba que la detención sufrida provocó un daño más que suficiente para reclamar por su reparación. El daño debe ser cierto, personal, provocar una lesión a un bien jurídico protegido y resultar imputable al accionar jurisdiccional ilícito del Estado Juez. Debe existir en el caso, un sacrificio especial en el particular afectado y la ausencia de un deber jurídico por parte del accionante de soportar ese sacrificio especial.

c) **Relación de conexidad entre la resolución que decretó la detención, la posterior sentencia absolutoria y el perjuicio causado.** La detención provisoria debe originarse en una resolución judicial palmariamente contradictoria con los hechos comprobados en la causa e insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación. Luego de sufrir la detención, la persona recupera su libertad con el dictado de la sentencia absolutoria. Es más que obvio que si no se hubiera decretado la prisión preventiva el daño no se hubiera ocasionado y por consiguiente, el perjuicio material y moral ocasionados no se habrían configurado.

Al respecto cabe recordar que el único sentido jurídico de la prisión preventiva es de tipo cautelar, teniendo por finalidad impedir que el imputado eluda la acción de la justicia, sea obstaculizando la investigación o el eventual cumplimiento de una sanción penal. Y cabe recordar también, que toda persona es inocente hasta que una sentencia firme emanada del juez

²⁴ En el famoso caso “Vavon” se utilizó el concepto de “extraño al proceso”.

competente y dictada en un proceso legal la declare culpable. Por lo tanto, toda persona sometida a proceso penal tiene derecho a permanecer en libertad durante la sustanciación del mismo, salvo situaciones excepcionales legalmente fundadas.

De lo expuesto naturalmente se puede colegir la “excepcionalidad” de la restricción de la libertad y la opción siempre presente a favor del magistrado de abstenerse de aplicarla.

Así, sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo: “...las condiciones personales del encartado y la pena con la que se reprime el hecho deben guardar estrecha relación con la posibilidad de que se pueda intentar burlar la acción de la justicia y con ella impedir la concreción del derecho material...”²⁵

II.5. El exceso del plazo legal de la prisión preventiva

A mayores fundamentos, corresponde referirnos al exceso del plazo de la prisión preventiva, pues los límites temporales impuestos por la legislación a la prisión preventiva como consecuencia de la reglamentación del Pacto de San José de Costa Rica, en la mayoría de los casos son vulnerados en perjuicio de la persona detenida.

En efecto, el art. 7, inc. 5 de este Pacto con jerarquía constitucional conforme lo normado por el art. 75 inc. 22 de nuestra Carta Magna, prescribe que “toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso...”

El retardo en el dictado de la sentencia absolutoria del imputado, con la consiguiente angustia del procesado sin sentencia, aún bajo sospecha, a la espera interminable de una decisión que ponga fin a su incertidumbre, ubicaría en primer término, la responsabilidad por “actos lícitos” del Poder Judicial.

²⁵ CSJN. Fallos 310:1480, La Ley, 1987-E-274.

Sin embargo, aquí nos encontramos asimismo, con una situación harto agravante de la expuesta. Esto es, el dictado de una prisión preventiva basada en el “error judicial”, que obviamente, hizo padecer a la víctima del mismo un detrimento lo suficientemente grave y anormal.

En suma, cuando la persona privada de su libertad debe a su vez, soportar la excesiva prolongación del plazo de la prisión preventiva en el tiempo, que por ello, la tornó injusta, inicua y fuente de daño indemnizable. Sino que además, la injusta resolución que decretó la misma, se fundó en un “error judicial” por resultar palmariamente contradictoria con los hechos comprobados de la causa e insostenible desde el punto de vista de las normas que regulan su aplicación y por tanto, sumadas estas situaciones, abren, con meridiana claridad, la instancia resarcitoria.

Sobre el punto conviene poner de resalto que la Corte Suprema de Justicia de La Nación se ha pronunciado, entre otras, en la causa “Valenzuela L.R. c/ Provincia de San Luis”²⁶ sosteniendo: “Comprometen la responsabilidad del Estado los hechos que lesionen a los particulares cuando ocurren en la prestación de un servicio público si se debe al comportamiento irregular y hasta exorbitante de los funcionarios estatales cuya selección, aptitud y vigilancia en todo caso no incumbe a los administrados”.

II.6. El deber de reparar el perjuicio individual sufrido

Sin duda la temática de daños sostuvo desde la reforma del Código Civil en 1968 una transformación trascendental y diríamos de casi 180 grados, pues pasamos del sistema de responsabilidad subjetiva como espina dorsal del sistema de Vélez Sársfield, a la plurivia que transformó la cuestión en reparación de daños (Mosset Iturraspe, Kemelmajer de Carlucci y Gherzi, 1993).

²⁶ CSJN, fallos: 252:195.

Dicha transformación atañe no sólo a la cuestión del daño y su consecuente necesidad de reparación sino a la evolución de la cuestión referida a la protección y preservación del ser humano en todos sus aspectos (Fernández Sessarego, 1990).

Existieron tres movimientos en torno a la cuestión. En primer lugar en la época de sanción de nuestra Constitución Nacional, con la organización del Estado Nacional, la conformación de los derechos individuales, que precisamente apuntaban a defender los derechos del hombre frente al Estado, como extensión de los principios de las revoluciones burguesas (Gherzi, Vergara y Di Próspero, 1993: 188-215).

Un segundo momento estuvo constituido por el empuje del constitucionalismo social desde los años 20 en adelante de este siglo y que significó para nosotros concretamente la incorporación del art. 14 bis, donde se canalizan los derechos de los trabajadores, las organizaciones sindicales y fundamentalmente el ser humano en su “conjunto familiar”, v.gr., la necesidad de una vivienda digna, etc.

El tercer movimiento nació a finales de la Segunda Guerra Mundial, conformando el grupo de derechos que hoy, poco a poco, fueron adquiriendo personería en algunas constituciones modernas: los derechos personalísimos, el último reducto del ser humano que sufrió agresión, su intimidad, su imagen, su derecho a una vida plena, su derecho a gozar de la libertad, etc.

El derecho como orden teleológico dio la respuesta desde ese ángulo esencial que es el de crear esa “esfera de protección”, como expresara Karl Larenz (1978: 46), pero era necesario que desde el otro ángulo también se movilizara y se rompiera el férreo modelo de la responsabilidad subjetiva que sólo busca sancionar al agente dañador. Es otro tiempo, es el tiempo del damnificado y el daño y donde la generación incontrolada de daños, lícitos e ilícitos, genera el deber de reparación.

De esta forma, el derecho no puede dejar de dar respuesta al daño. Y cuando este es acaecido en virtud de un acto jurisdiccional que se revela como incuestionablemente infundado y

arbitrario, y donde la privación de la libertad implica un perjuicio individual en beneficio de la sociedad –que le ha dado el mandato e imperio al Poder Judicial- y que por consiguiente si resultó al momento del fallo definitivo absuelto, el dañado ha dejado de gozar de su derecho personalísimo a la libertad, a su dignidad personal, a la salud, a su honra y reputación, al desarrollo pleno, a sus hijos, a su vida conyugal, en aras a la seguridad de la sociedad.

Es de toda evidencia que la situación carcelaria en nuestro país no cumple de modo alguno con los requerimientos de nuestra constitución, ni con las exigencias de las convenciones internacionales integradas a nuestra Constitución Nacional, ni tampoco con los indudables derechos de las personas privadas de su libertad, derechos que constituyen una obligación que debe ser respetada por las autoridades. El Comité contra las desapariciones forzadas de Naciones Unidas expresó su preocupación por la existencia en la Argentina de nuevos casos de desaparición forzada de los cuales son víctimas, particularmente, personas jóvenes en situación de extrema pobreza y marginación social; estas desapariciones son realizadas aplicando métodos policiales violentos, haciendo un uso arbitrario de la detención y utilizando la desaparición como un método para encubrir los delitos cometidos y procurarse la impunidad.²⁷

Las cárceles constituyen una nueva forma de suplicio. Como sostiene Foucault (1975), el castigo, que en tiempos feudales consistía en una aplicación de la pena sobre el físico, un verdadero suplicio corporal es reemplazado en nuestra sociedad por una pena aplicada en el ámbito de la libertad lo cual no significa que el suplicio haya desaparecido sino que tan sólo se lo ha desplazado en el espacio de aplicación: de la crueldad en lo físico al sutil pero efectivo suplicio psicológico; del dolor provocado en el cuerpo a la estricta reglamentación penitenciaria basada en la asignación del tiempo a variadas tareas. Tiempo

²⁷ CED/C/ARG/CO/1. Observaciones finales del 12 de diciembre de 2013.

éste, que obra también como un suplicio pero midiendo y pausando la condena en el encierro. Sostiene: “Unos castigos menos inmediatamente físicos, cierta discreción en el arte de hacer sufrir, un juego de dolores más sutiles, más silenciosos, y despojados de un fasto visible...”.

Es el mismo sistema el que produce una particular forma de castigar basada en la privación de la libertad y en el discurso de la regeneración que sirve para ocultar el ejercicio de un poder brutal, totalizante, de clasificación y conocimiento de las conductas delictivas y de refinamiento y producción de la delincuencia ulteriormente útil al propio sistema.

Es de notar que en el tiempo que vivimos de exclusión social y de marginalidad planificada, la cárcel prepara para la exclusión y recluye con brutalidad y con indiferencia, siendo un simple depósito de pobres estigmatizados por la sociedad.

En suma, en un primer momento prevaleció el bien jurídico protegido de la seguridad; fenecida esa etapa procesal, la sociedad reconoce a través de la sentencia –en esta nueva etapa procesal- que si bien tenida la medida jurisdiccional, carece de legitimidad y que ha causado un daño individual que ese ser humano ha experimentado al cual la sociedad le debe una reparación. El sacrificio del imputado ha sido mucho y penoso para que la sociedad tuviera una “momentánea seguridad”, por lo que desentrañado el misterio se develó su falta de participación y se logró su absolución.

En caso en análisis, el respeto a la vida y la libertad, los afectos a los seres queridos, el derecho de tener una vida plena, ha sido dañado como valor y resulta absolutamente indiscutible que debe por ello ser reparado.

III. Conclusiones

El Derecho constituye una herramienta poderosa para buscar la justicia en el caso concreto y mejorar la calidad de vida de la persona que nos confía la defensa de sus derechos.

De acuerdo a la definición clásica, justicia es “lo debido a cada uno”, es decir, todo lo que el ser humano requiere para su pleno desarrollo espiritual y material. La efectiva realización de la justicia depende de una amplia variedad de circunstancias: el nivel de desenvolvimiento *económico y científico-técnico*, el grado de desarrollo de la cultura y las características de la cultura predominante y las relaciones de poder que se procesan entre clases y otros grupos sociales, es decir la organización política de la sociedad. Lo justo es, entonces, variable de acuerdo al modo en que se entrecruzan esos factores y, en definitiva, al modo en que cada sociedad, en cada momento o etapa de su desarrollo, se estructura como unidad políticamente organizada. Por eso “lo justo no es lo mismo en todos los regímenes” y hay diferentes clases de justicia “adecuadas a cada régimen” (Aristóteles, Política 1309^a). De tal forma, la idea de justicia siempre está asociada a un determinado concepto colectivamente aceptado de beneficio colectivo o bien común, por eso afirma el filósofo Boaventura de Sousa Santos (2005: 6) que “las luchas por el bien común siempre fueron luchas por definiciones alternativas de ese bien”.

La variabilidad resulta siempre acotada por un “piso mínimo” definido por lo que podemos denominar la conciencia universal de justicia, vale decir, el avance de la conciencia jurídica y ética de la Comunidad Universal que va definiendo, progresivamente, como punto de no retorno la vulneración de derechos humanos.

El jurista alemán Karl Larenz señala con acierto y precisión que: “El personalismo ético atribuye al hombre, precisamente porque es persona en el sentido ético, un valor en sí mismo –no simplemente como medio para los fines de otros- y en este sentido una dignidad. De ello se sigue que todo ser humano tiene frente a cualquier otro el derecho a ser respetado por él como persona, a no ser perjudicado en su existencia (vida, cuerpo, salud) y en un ámbito propio del mismo...” (Larenz, 1978: 418).

La Convención Americana de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional por imperio del art. 75 inc.22 de la CN,

en su art. 25 prevé: “Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la amparen contra los actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales”.

Semejante disposición constitucional resulta harto suficiente como para reparar el daño causado en el ejercicio jurisdiccional. Si quedare alguna duda basta la cita de Carnelutti (1965) que al respecto señala: “Considerar al hombre como una cosa, ¿puede haber una fórmula más expresiva de indignidad? Sin embargo, es lo que ocurre, desgraciadamente, nueve de cada diez veces en el proceso penal. En la mejor de las hipótesis, los que van a ser encarcelados en la jaula, como los animales del jardín zoológico, parecen hombres ficticios más bien que hombres verdaderos”.

Siguiendo esta línea de pensamiento, si la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha creado la doctrina de la reparación de los actos lícitos que lesionan el patrimonio, conforme a los principios generales del derecho, tal fundamento resulta a todas luces aplicable cuando se trata de reparar la dignidad de la persona humana dañada en su máxima expresión: la libertad. Seguramente Carnelutti diría sin dudarlo, que esta solución es lo menos para humanizar la justicia, devolviendo al ser humano su dignidad mellada.

Ya sea que se fundamente en lo que decía Rodolfo Stammler (1925), respecto a que el derecho positivo posee una vigencia normativa y fáctica, pero el derecho es justo, es mucho más que ese “derecho establecido”, es ante todo, un peculiar modo de ser, que posee legitimidad interna, que se presenta como justo porque condensa valores como la ética, la equidad y la solidaridad social. Ya sea, que se fundamente en la necesidad de defender los derechos humanos como “fenómeno” en sentido Foucaultniano, que nos permite describir y contextualizar los acontecimientos históricamente dados como el producto de las

luchas, las conquistas, los olvidos y los azares en las relaciones de poder, con el objetivo de elaborar una proposición útil para su práctica efectiva.

La prisión preventiva, como herramienta jurisdiccional entraña, para el detenido, un sacrificio individual temporal y transitorio en beneficio de la sociedad, y condicionado al resultado final del proceso que puede convalidarlo o retrotraerlo a la situación inicial, con lo cual la retrocesión debe operar lo más perfectamente posible.

Ni desde el ángulo de la víctima, ni desde el Estado existen diferencias entre la condena errónea revisada y la detención provisoria de un inocente, tanto en uno como en otro el Estado no hace más que cumplir con su deber; lo que justifica –en ambos supuestos- la reparación. Es el error que desliza en el cumplimiento de ese deber haciendo soportar íntegramente el costo de la defensa social a un particular. La nobleza del fin de la actividad dañadora no elimina el derecho a la reparación, ya que el fin no justifica ni legitima los medios.

En este sentido, la reparación del daño por privación de la libertad en la fórmula monetaria, ante la imposibilidad de retrocesión en especie, es la forma más adecuada como respuesta de un derecho solidario, ético y restaurador de la dignidad humana frente al acto del Estado.

IV. Bibliografía

- ARISTÓTELES (1988). *Política*. Introducción, traducción y notas de Manuela García Valdés. Biblioteca Clásica Gredos, 116. Madrid, España: Editorial Gredos S.A.
- BIDART CAMPOS, Germán J. (2000). “¿Hay un derecho a reparación por la privación preventiva de la libertad?”. En *Revista de Derecho de Daños*, Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, n° 9, ps. 227 y ss.
- BOAVENTURA DE SOUSA SANTOS (2005). *Reinventar la democracia: reinventar el Estado*. Ecuador: Ed. Abya Yala. Consejo Latinoamericano de Ciencias Sociales.

- CARNELUTTI, Francesco (1965). “Las miserias del proceso penal”, trad. Sentis Melendo. Montevideo: Revista Uruguaya de Derecho Procesal.
- FERNANDEZ SESSAREGO, Carlos (1990). *Derecho y persona*. Lima, Perú: Ed. Inesta.
- FOUCAULT, Michel (2001). *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Trigésimo primera edición en español México: Ed. Siglo XXI.
- GHERSI, Carlos A., VERGARA, L.y DI PROSPERO, M. (1993). *Derecho civil. Parte general*. Buenos Aires: Ed. Astrea.
- LARENZ, Karl (1978). *Derecho civil. Parte general*. Madrid, España: Ed. Edersa.
- MOSSET ITURRASPE, KEMELMAJER DE CARLUCCI, GHERSI Y otros (1993). *Responsabilidad civil*. 2da edición Buenos Aires: Ed. Hammurabi.
- PINTO, Mónica (1997). “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”, en Abregu, Martín (coord.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*. Buenos Aires: Ed. CELS - Editores del Puerto.
- SALVIOLI, Fabián (2003). “Un análisis desde el principio pro persona sobre el valor jurídico de las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, En *Defensa de la Constitución: libro homenaje a Germán Bidart Campos*. Argentina: Ediar.
- STAMMLER, Rudolf von (1925). *La génesis del derecho*. Traducción al castellano de W. Roces. Madrid: Espasa-Calpe.
- TOFFAIT, A. y AVERSENG, L. (1974). *Detention provisoire et responsabilité de l'Etat*. Francia: Recueil Dalloz-Sirey.